

A legitimidade do poder judiciário nas demandas relacionadas à saúde**The legitimacy of judicial authority in health demands**

DOI:10.34117/bjdv5n11-180

Recebimento dos originais: 10/10/2019

Aceitação para publicação: 18/11/2019

Lohaine Rodrigues Esbais

Acadêmica do Curso de Direito e integrante do Projeto de Iniciação Científica

Instituição: Universidade Paranaense - UNIPAR

Endereço: Rua José Gracindo de Oliveira, nº 571, Paranavaí-PR, Brasil.

E-mail: lohainesbais@hotmail.com

Albino Gabriel Turbay Junior

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru

Professor da graduação e pós-graduação

Instituição: Universidade Paranaense – UNIPAR

Endereço: Rua Doutor Rui Ferraz de Carvalho, 4212, sala 703, Centro, Umuarama/PR, Brasil.

E-mail: albinoturbay@prof.unipar.br

RESUMO

O direito à saúde é um direito fundamental social, previsto, constitucionalmente, como um direito de todos e dever do Estado. O objeto deste artigo é analisar a relação entre o grande número de ações judiciais na área da saúde e as importantes discussões sobre a legitimidade democrática do judiciário e a ausência de políticas públicas efetivas por parte do Estado. Sobre a legitimidade do Poder Judiciário buscou-se fundamento na Constituição Federal que garante a todos o acesso à justiça. Observou-se que, embora existam ainda grandes discussões e adequações, as decisões buscam em primeiro lugar a efetividade desse direito fundamental social por estar atrelado ao mínimo existencial, independente das teses que são alegadas e defendidas pelo Poder Público.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Direitos fundamentais.**ABSTRACT**

The right to health is a fundamental social right, provided, constitutionally, as a right of all and duty of the State. The purpose of this article is to analyze the relationship between the large number of judicial actions in the health area and the important discussions about the democratic legitimacy of the judiciary and the absence of effective public policies by the State. Regarding the legitimacy of the Judiciary, we sought the basis of the Federal Constitution that guarantees everyone access to justice. It was observed that, although there are still great

discussions and adaptations, the decisions seek in the first place the effectiveness of this fundamental social right because it is linked to the existential minimum, independent of the theses that are alleged and defended by the Public Power.

Key-words: Right to health. Judicialization of health. Fundamental rights

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é direito fundamental social, previsto, constitucionalmente, uma vez que a Carta Magna garante a saúde como um direito para todos, sendo dever do Estado criar e manter políticas públicas que garantam a efetividade desse direito.

Entretanto, devido a uma série de fatores, o Estado, por vezes, falha na garantia desse direito, não conseguindo atender a todos conforme de suas necessidades, visto que um dos aspectos mais problemáticos para a concretização desse direito é a total dependência de provimentos Estatais.

O Judiciário tem agido como garantidor em ações que visam medicações, exames, internações, enfim, diversos direitos que giram em torno da saúde e da dignidade daqueles que as pleiteiam.

Embora a judicialização da saúde seja um fenômeno relativamente recente, iniciado nos casos da imunodeficiência adquirida (AIDS) na década de 90, as primeiras decisões proferidas já visavam o direito subjetivo de cada autor, sempre no sentido de garantir a vida e a dignidade, previstas constitucionalmente.

Mesmo sendo ainda um assunto em discussão na jurisprudência, tendo já se adequado em diversos aspectos, o direito subjetivo do cidadão tornou-se o principal enfoque das decisões, mesmo diante de todas as teses apresentadas pelo Estado.

Dentro desse cenário, verifica-se que, existe um direito fundamental social previsto constitucionalmente, bem como a falha na prestação para efetivar este direito por parte do Estado. O resultado é o surgimento de grande número de demandas judiciais relacionadas à saúde, provocando o papel do judiciário em concretizar o direito à saúde por meio das decisões proferidas. E, de tal modo, levanta-se uma segunda perspectiva na discussão: o Poder Judiciário tem legitimidade para o desempenho de tal função?

2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL**2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em um primeiro momento, cabe analisar a conceituação e importância da existência e manutenção dos direitos na sociedade, como os mesmos se mantêm e são adequados com o passar dos anos, se ajustando à evolução social e suas mudanças.

O desenvolvimento da sociedade como um todo está intimamente ligada às relações existentes entre cada indivíduo, bem como de suas ações que são sempre externadas para a manutenção do meio (RÁO, 1999, p. 51).

Logo, nas palavras de Vicente Ráo (1999, p. 52) “o Direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade. Tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é estado próximo do homem”.

Dessa forma, sabendo-se que o Direito depende e existe com e pela sociedade, é claro que necessita, para o bem de sua própria existência, se adequar às mudanças que ocorrem cotidianamente, como evidenciado no trecho a seguir.

[...] podemos dizer: é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhe atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público (RÁO, 1999, p. 55).

Neste contexto, tendo em vista que o direito está enraizado à existência humana, este se aperfeiçoa buscando dessa vez proteger e garantir, após um longo período de guerras, a dignidade mais íntima do ser humano com as Constituições voltadas ao bem da vida e da dignidade.

A primeira vez que a sociedade universal teve a proteção máxima do direito com vistas às subjetividades fundamentais inerentes ao ser humano foi com a proclamação institucional dos direitos fundamentais do homem na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787 (RÁO, 1999, p. 57). Os Direitos do Homem¹, neste momento então documentado, fruto de uma revolução política mundial, traria então a consolidação dos direitos fundamentais.

¹ Inspirada na declaração da independência americana de 1776 e no espírito filosófico do século XVII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 marca o fim do Antigo Regime e o início de uma nova era. <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>> Acessado em: 05/07/2018, às 09h16min.

Direitos fundamentais são aqueles necessários para a conservação e manutenção da dignidade da pessoa humana, ou seja, visam proporcionar a todos uma vida “digna, livre e igual” (PADILHA, 2014, p. 253).

Positivados sob os termos “direitos e garantias fundamentais” estão disciplinados na Constituição Federal no título II, englobando direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (arts. 6º a 11), direitos à nacionalidade (arts. 12 e 13), direitos políticos (arts. 14 e 16) e partidos políticos (art. 17) (BRASIL, 1988).

Segundo Canotilho (1993, p. 632) “as normas consagradas de direitos fundamentais protegem determinados bens ou domínios existenciais (exemplo: a vida, o domicílio, a religião, a criação artística)”. Estas normas estão interligadas à proteção não somente de ações ou consequências do indivíduo, mas da sua própria subjetividade, de seu próprio interesse pessoal.

Para sedimentar o afirmado anteriormente, Canotilho (1993, p. 632) ainda especifica o principal âmbito protecionista dos direitos:

As normas consagradas de direitos fundamentais não protegem as realidades de vida, os dados reais como... dados ou realidades. Garantem ou protegem esses dados reais, configurando direitos subjetivos (exemplo: direito à liberdade), *direitos de prestação* (exemplo: direito ao ensino, direito aos tribunais), *direitos processuais e procedimentais* (exemplo: direito a ser ouvido em processo penal ou em procedimento disciplinar), *garantias de instituto e garantias institucionais* (exemplo: proteção de maternidade, garantia de propriedade privada) e *direitos de participação* (exemplo: direito de participar na vida pública).

Assim, os objetos específicos de proteção dos direitos fundamentais existem enquanto mecanismos que os fazem ter aplicabilidade, que constituem prestações, instituições e procedimentos. Logo, fruto de lutas e reivindicações, os direitos fundamentais são, portanto, garantias com objeto principal a vida, a dignidade e a liberdade do ser humano.

2.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais são divididos, tradicionalmente, em dimensões ou gerações. Conforme explica o doutrinador Rodrigo Padilha (2014, p. 258) “cada dimensão (ou geração) acresce a outra, formando o conjunto de direitos fundamentais que atualmente concebemos”.

A divisão dos Direitos Fundamentais em gerações pode ser descrita como uma classificação quanto a ordem de conhecimento, tendo em vista que os referidos surgem ao longo de diversas mudanças sociais, por isso a classificação no plano positivo (VARGAS, 2011, p. 285).

Quanto ao número de gerações, ainda há divergência na doutrina. No entanto, a maioria do entendimento é predominante quanto à existência ou divisão em três dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira geração, primeiros a serem positivados nas Revoluções americana e francesa, por isso a denominação, foram criados com o objetivo principal de expandir os direitos dos cidadãos perante os governantes, garantindo, sobretudo, a autonomia de cada um (MENDES, 2014, p. 142).

Mendes (2014, p. 142) exemplifica, detalhadamente, a abrangência de tais direitos de forma que:

Referem-se às liberdades individuais, como à de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.

Questões como a igualdade ganham realce com os direitos fundamentais de segunda geração, a serem traduzidos por direitos prestacionais e pelo reconhecimento da importância da proteção das liberdades sociais (MENDES, 2014).

Daí a denominação de tais direitos como *direitos sociais*, como explica Gilmar Mendes (2014, p. 143) “não porque sejam direitos de coletividade, mas por ligarem reivindicações de justiça social”.

Por fim, e não menos importantes, os direitos fundamentais de terceira geração são marcados pela proteção não apenas dos indivíduos, mas da coletividade, de grupos. A proteção está voltada para de direitos como a paz, o desenvolvimento econômico e social, meio ambiente, conservação de patrimônios e culturas históricas (MENDES, 2014, p. 143).

Conforme o exposto acima, é possível concluir que, a divisão das dimensões ou gerações dos Direitos Fundamentais tem como propósito indicar os diferentes momentos sociais em que surgiram, e, por consequência, o acolhimento dos referidos no ordenamento jurídico pátrio. Cada geração se complementa com a outra, sendo todos os direitos nelas inerentes, indispensáveis, e, de suma importância, na atualidade.

2.3 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Os direitos fundamentais estão estabelecidos e, para ampla concretização, precisam de providências externas advindas do Estado, sendo este o responsável pela criação de órgãos indispensáveis para a efetivação das políticas públicas².

Os direitos que necessitam de amparo estatal são os direitos sociais, também chamados de direitos prestacionais ou direitos de promoção. Conforme conceituação de Gilmar Mendes (2014, p. 773) trata-se de “um tipo de direito fundamental em que os pressupostos fático-materiais são particularmente relevantes para o exercício pleno desse respectivo direito”. Assim, para a efetivação de um direito fundamental social deve-se existir um Estado que forneça suprimentos necessários para tanto.

Os direitos sociais estão disciplinados na Constituição Federal a partir do artigo 6º, este traz as proteções primeiras dessa garantia fundamental, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

A administração da distribuição de tais direitos é variável de acordo com a necessidade de cada indivíduo, e também, da realidade social envolvida, ou seja, é preciso considerar que existem critérios adotados que tornam tais direitos adequáveis (MENDES, 2014, p. 773).

Entre os direitos sociais está o direito à saúde, que será analisado com mais detalhes por ser o foco da presente pesquisa, previsto nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal.

O artigo 196 da Constituição Federal (*caput*) estabelece *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

² Políticas Públicas são conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticasPublicas.pdf> Acessado em: 03/07/2018, às 14h12min.

Ressalta-se que, a saúde é direito prestacional do Estado, sendo competência comum administrativa da União, Estados e Municípios³.

Denise Vargas (2010, p. 683) atribui à saúde o bem-estar físico, mental e social, o que só pode se concretizar com o perfeito estado de saúde do indivíduo, sendo esta extensão lógica do direito à vida.

Denise Vargas (2010, p. 683), ainda, conceitua o direito à Saúde sob duas perspectivas:

O Direito à saúde possui duas vertentes, uma negativa e uma positiva, ou seja, uma vertente (negativa) consiste no direito de exigir do Estado e de terceiros que se abstenham da prática de ato que prejudique a saúde, e outra (positiva) consistente do direito às medidas e prestações pelo Estado (VARGAS, 2011, p. 768).

Desta forma, além de ser o garantidor, o Estado também deve zelar para que nenhuma de suas condutas interfira prejudicialmente à saúde dos indivíduos. Não basta apenas fornecer recursos e mantê-los, há também a necessidade de proteção quanto às condutas nocivas em potencial.

3 O JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

O Estado, desempenhando seu papel de regulador das relações pessoais dos indivíduos, externaliza tal função por meio da atividade jurisdicional.

Através da referida atividade busca-se adequar normas abstratas já existentes ao caso concreto, dando à elas sua devida aplicabilidade para a resolução de litígios, sendo assim, pode se dizer que sua finalidade primeira é garantir o *status* do direito positivo na sua área de aplicação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1994, p. 38).

Quando em uma experiência concreta há uma norma que a ela se adequa, se enquadra, o que antes era abstrato passa a ganhar forma e se tornar concreto, podendo haver, então, uma resposta efetiva para os sujeitos envolvidos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1994 p. 39).

³ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a jurisdição deve trabalhar para a garantia dos direitos fundamentais, não bastando apenas assimilar a norma ao caso concreto, mas sim, dar tutela a esses direitos, promover concretizações.

Importante a conceituação de tutela de direitos, já sabendo que este é o dever da jurisdição no âmbito de seu exercício. Tutelar é proteger, garantir que os direitos existentes nas normas sejam aplicados e que todos os cidadãos gozem da proteção de tais direitos, sendo a tutela inclusive um direito fundamental (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 129).

Paula (2015, p. 27) corroborando com as conceituações acima, explica que, a jurisdição para chegar à estrutura que se conhece hoje, passou por três fases principais: “a primeira, para se firmar como atividade pública que concorria com outras forças jurídicas, a segunda como atividade do Estado organizada pelo Estado Moderno, e, a terceira, atual, que é a processualização da jurisdição”.

Sendo assim, tendo como principal objetivo a tutela dos direitos, e, evoluindo em todos os aspectos até os dias de hoje, com todas as possibilidades processuais, a jurisdição, em seu exercício, é núcleo para a concretização de direitos, especialmente, de direitos fundamentais.

3.2 O PROCESSO E SUA INSTRUMENTALIDADE

Em consonância com todo o exposto anteriormente, o Estado, desempenhando seu papel jurisdicional, visa um objetivo maior que é alcançar a paz social, eliminando conflitos por diversos meios: julgando, executando, legislando e fazendo com que exista a tão almejada justiça (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1994, p. 40).

No entanto, além de buscar a paz social, a instrumentalidade processual também pode ser analisada segundo a perspectiva do efetivo resultado do processo, ou de seus reais efeitos positivos para a sociedade.

Cintra, Grinover e Dinamarco (1994, p. 40) a partir disto conceituam a instrumentalidade do processo enquanto:

[...] é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “*ordem jurídica justa*”.

Para o alcance de todas as premissas mencionadas anteriormente é necessário que o processo tenha uma forma concreta, no qual seja possível de fato a resolução de conflitos e a proteção do direito subjetivo envolvido.

Nesse prisma, Paula (2015, p. 20) ressalta a importância da compreensão do direito subjetivo para a resolução processual. O autor aponta que “o direito subjetivo se apresenta como um conjunto de bens jurídicos contemplados pelo Estado de Direito, que se incorpora ao patrimônio jurídico de um indivíduo”.

Por meio da distribuição de tais bens que o sujeito condiciona a proteção estatal em diversos segmentos, desmembrando-se em várias esferas e procedimentos, mas todos com um único fim, concretização de direitos.

Corroborando com tal fundamentação, Dinamarco (1994, p. 270) afirma que toda a instrumentalidade processual dos dias atuais gira em torno de uma única premissa que seria a efetividade do processo, ou seja, que o mesmo de fato cumprisse todos os seus escopos institucionais.

O autor supramencionado ainda sustenta que, para se alcançar a almejada instrumentalidade efetiva, são necessários diversos mecanismos trabalhando em conjunto, ou seja, a atuação do judiciário como uma unidade independente, no qual todos os elementos de sua composição trabalhem em harmonia.

3.3 A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

3.3.1 Fundamentos

Partindo da premissa de que vive-se em um Estado Democrático de Direito, e, que tal sistema é o ideal para proporcionar aos cidadãos participação e voz ativa em diversas áreas, tendo como fundamento o princípio de que todo o poder emana do povo e será exercido por seus representantes⁴, o judiciário aparece como novidade, pois anteriormente apenas se tinha, ou se deveria ter, o Legislativo e o Executivo como figuras de tal representatividade.

Os procedimentos democráticos de elegibilidade só se aplicariam aos referidos poderes, pois, o Poder Judiciário deveria ser profissionalizado e seus membros gozarem de certas prerrogativas como a vitaliciedade no cargo, a inamovibilidade e irredutibilidade dos

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

vencimentos⁵, não sendo eles eleitos pelo povo, e por isso não possuindo, em tese, legitimidade democrática (PAULA, 2002, p. 54).

No entanto, o país vem passando por diversas situações políticas nas quais o judiciário vem ganhado destaque por seu desempenho no desmembramento de questões que atingem diretamente o povo.

Graças a repercussão midiática e, principalmente, nas redes sociais, fruto de uma sociedade altamente digital, as pessoas vêm tendo cada vez mais acesso às informações a respeito do papel do judiciário.

Dentro das inúmeras atuações do Poder Judiciário na política brasileira, fonte mais detalhada de estudo do presente trabalho, é seu papel a proteção de garantia de direitos fundamentais, como o direito fundamental social da saúde.

A legitimidade do Poder Judiciário para tal atuação se justifica de diversas formas pela doutrina, além da Constituição Federal legitimar o Supremo Tribunal Federal como seu próprio guardião⁶, por meio de uma jurisdição que é constitucional através de controles difusos e concentrados de constitucionalidade.

Deve ser levado em consideração, ainda, a força normativa da Constituição Federal e seus princípios. Neste sentido, a Constituição Federal também garante o acesso à jurisdição como princípio, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Tal dispositivo visa, portanto, garantir o acesso à justiça, podendo ser levado ao judiciário, inclusive, demandas que tenham como foco a proteção de direitos fundamentais, não promovidos pelas políticas públicas do Estado.

⁵Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I (BRASIL, 1988).

⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição[...].

Embora seja reconhecido o dever do Estado de trabalhar para melhor atender as necessidades de cada cidadão, organizando e implementando programas com a liberação de verbas públicas, na prática, a realidade é bem distinta da teoria. Mesmo sendo obrigação principal do Estado, a realização de programas sociais com a disponibilização de recursos encara grandes questões até chegar ao seu fim principal.

Nesse momento, quando o cidadão já não possui alternativa para concretizar um direito que é essencial para manter sua dignidade, recorre, então, ao judiciário com o objetivo que seu direito seja concretizado.

Além do mais, em sua esfera de atuação, o judiciário aplica a norma ao caso concreto, no caso de direitos fundamentais, utiliza-se norma constitucional, atuando, assim, na proteção de tais direitos, e, também, suprimindo eventuais omissões (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 106).

Todas essas questões justificam a legitimidade do Poder Judiciário para atuar muitas vezes em questões políticas, tendo em vista a situação em questão e a realidade social do ambiente onde ocorrem referidas atuações.

3.3.2 Separação dos Poderes

A ideia de um Estado organizado com base na divisão de três poderes independentes e harmônicos surgiu com a necessidade de mudanças, após grandes revoluções constitucionais.

A Doutrina da separação dos poderes institui três poderes cada qual com uma função específica. A separação de poderes independentes e harmônicos os une num mesmo objetivo, garantindo a paz ao espírito da sociedade como um todo, garantindo que sejam atendidas todas as demandas com suas especificidades de forma concisa e organizada (MONTESQUIEU, 2000, *apud* BONAVIDES, 2011, p. 149).

Na mesma perspectiva, Maluf (2010, p. 172) afirma que “os três poderes devem ser independentes entre si, para que fiscalizem mutuamente, caibam os excessos e impeçam a usurpação dos direitos naturais inerentes aos governados”.

Dessa forma, além da atuação específica de cada poder, eles possuem também o escopo de fiscalização mútua, o que seria outro pressuposto de segurança para a população.

Todo o prestígio que a separação dos poderes trouxe para a doutrina constitucional está atrelado à garantia das liberdades individuais frente ao antigo regime de concentração de poder nas mãos de realezas absolutas, efetivando princípios como o da liberdade e o da participação na sociedade atual (BONAVIDES, 2011, p. 156).

3.3.3 Democracia e Separação dos Poderes

Para o alcance do que hoje conhecemos como Democracia Moderna, foram firmados ao longo da história, intensos processos de mudanças, teóricos e pensadores já analisavam um sistema que concedesse à população participação efetiva nas decisões que lhes atingiriam.

Até se chegar no sistema democrático que vigora atualmente em vários países, grandes reformulações foram necessárias quanto à divisão e à organização do Estado, até se chegar ao modelo já mencionado no tópico anterior, onde Executivo, Legislativo e Judiciário trabalham de forma independente e harmônica.

Ainda na Grécia antiga, em Atenas, onde o povo se reunia no chamado *Ágora*⁷ para discussões de assuntos de interesse do Estado, era uma democracia direta, na qual o próprio povo se manifestava em decisões, sem haver um único representante para tal. Nas sociedades modernas, entretanto, a democracia surgia por meio da representatividade, ou seja, haveria um eleito pelo povo para ser representante em todas as questões de interesse público, seria então democracia indireta (BONAVIDES, 2011, p. 288).

Os principais nomes do pensamento liberal tinham como principal objetivo a extinção da concentração do poder nas mãos de um único indivíduo (monarca), através de um regime em que houvesse, efetivamente, a participação popular e um “estabelecimento de compromissos recíprocos entre cidadão e poder (Estado) e a primazia da vontade geral” (ROUSSEAU, 2008, p. 80). Nas palavras de Paulo Bonavides (2011, p. 295), a democracia indireta:

[...] de feição tão distinta da antiga democracia, tem por bases principais a soberania popular, como fonte de todo poder legítimo, que se traduz através da vontade geral (a *volante générale* do Contrato Social de Rousseau); o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos [...].

Os líderes escolhidos pelo povo deveriam agir com vista ao bem comum, e, o povo seguiria os padrões de condutas normatizados por eles impostas, assim, a democracia estaria consolidada em seus dois fundamentos principais que são liberdade e igualdade.

Tais premissas se tornaram símbolo de um Estado Democrático de Direito com a afirmação do constitucionalismo após a Revolução Francesa (XVIII). Anteriormente, à Carta

⁷ *Ágora* era o nome que se dava às praças públicas na Grécia Antiga. Nestas praças ocorriam reuniões onde os gregos, principalmente os atenienses, discutiam assuntos ligados à vida da cidade (pólis). <https://www.suapesquisa.com/o_que_e/agora.htm> Acessado em 20/07/2018, às 14h26min.

Magna dos Estados Unidos (século XIII), já vinha consolidando elementos essenciais para a delimitação da modernidade democrática que se vive hoje.

Nas melhores palavras de Silva (2010, p. 119):

A democracia que o Estado de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art.1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo[...].

Pode-se, então, concluir que, a democracia é um instrumento para a concretização de direitos e para a realização de valores essenciais para a convivência humana, devendo ser conceituada, portanto, como um meio e não um fim (SILVA, 2010, p. 126).

Dessa forma, é clara a importância da democracia e o quanto foi historicamente longo o processo de mudanças sociais para se concluir que o povo é legítimo para participar direta ou indiretamente de decisões que giram em torno de sua vida particular e de sua vida em comunidade, principalmente em relação a decisões que envolvam o direito à saúde.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

4.1 DEVER DO ESTADO

O dever do Estado, no tocante à proteção da saúde, se fundamenta, essencialmente, nos direitos à proteção e à prestação, sendo que, no mais adequado conceito, é de que estas prestações “são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo” (ALEXY, 2008, p. 461).

Conforme trabalhado neste artigo, o direito social à saúde está compreendido na Constituição Federal em grande medida como um direito que está relacionado à distribuição para a promoção do bem comum, de modo que garanta a dignidade dos cidadãos (GOTTI, 2017, p. 174).

Ressalta-se, aqui, a previsão constitucional sobre o dever do Estado em garantir, por meio de um planejamento político e econômico a saúde a todos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Embora o texto constitucional mencione o termo “políticas sociais e econômicas”, não há previsão de um meio direto para dar aplicabilidade aos direitos sociais, podendo ser consideradas como normas programáticas.

Por meio de tais normas, o constituinte se vale de um meio de institucionalização dos direitos sociais, formulando programas, diretrizes, finalidades e tarefas a serem atingidas (NUNES, 2009, p. 99).

Como define Nunes (2009, p. 99), “tal positivação acaba por determinar a existência de normas constitucionais caracterizadas pela definição de um fim, criando, para o Estado, um dever de agir, sem, contudo, precisar como, quando e o que deve exatamente ser feito”.

As referidas normas são apenas um exemplo da positivação, sob uma perspectiva mais real de aplicabilidade, do dever do Estado em garantir direitos sociais.

A previsão contida na Constituição pressupõe, tendo em vista seu período de vigência, ser totalmente dedutível, sob um prisma moral e razoável, de que o Estado já houvesse criado, e, já estivessem em funcionamento programas que abarquem de forma individual cada garantia social, em especial o direito à saúde (NUNES, 2009, p. 105).

O dever do Estado consta no próprio conceito de Direitos Sociais, atrelados ao segmento dos direitos prestacionais trazidos por Nunes (2009, p. 70):

[...] podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Entretanto, atualmente, devido a diversas questões, o Estado não tem conseguido alcançar a todos os indivíduos de acordo com suas necessidades subjetivas, falhando, especificamente no tocante à saúde pública.

Em meio à essa problematização do dever constitucional do Estado e à ausência de efetividade nas políticas públicas atualmente aplicadas, existe um grande número de processos em trâmite que visam direitos relacionados à saúde.

A judicialização da saúde, no Brasil, é um fenômeno relativamente atual, iniciado em 1990, nos casos de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), as referidas ações na área da saúde vêm sendo um instrumento eficaz na garantia do direito subjetivo do autor da ação judicial. Este fenômeno jurídico tem ocorrido na maioria dos estados brasileiros, para a concessão que vão dos mais simplórios medicamentos, aos mais caros e complexos tratamentos (BRITO, 2017, p. 203).

Diante do grande número de ações, a jurisprudência foi se moldando entre teses de ações e teses de defesas. Fazendo uma análise das decisões que foram, ao longo do tempo, consolidando posições e delineando direitos para os cidadãos, nota-se a preocupação do Supremo Tribunal Federal quanto a falta de políticas públicas adequadas para atender demandas vão além do direito individual (GOTTI, 2017, p. 182).

Destaca-se um trecho da decisão proferida no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS, de relatoria do ministro Celso de Mello, no qual se lê que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)” (BRASIL, 2000).

Na referida decisão, o relator proferiu sentença evidenciando o direito subjetivo à saúde, impondo ao Poder Pública a implementação de políticas sociais capazes de atender aos cidadãos nas proporções de suas necessidades, sendo que à qualquer esfera da organização federativa, incumbe: “formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar” (BRASIL, 2000).

Nota-se que, os precedentes se formaram no sentido de garantir o direito do cidadão em exigir do Estado a prestação positiva que se funda não somente no direito à saúde, mas, no direito à vida, à dignidade, à integridade física e moral do indivíduo (DANIELLI, 2017, p. 60).

A partir dessa intelecção, perdeu-se de vista a importância do interesse coletivo, tornando as discussões a respeito do direito a saúde um tópico eminentemente individual. Com essa conformação, o direito à saúde passou a ser entendido como um direito subjetivo e uma prestação positiva do Estado a aplicado como se regra fosse pelos Tribunais pátrios.

Neste sentido, evidenciou-se o entendimento firmado quanto à constitucionalidade e à legitimidade dos direitos dos cidadãos em relação à saúde pelo judiciário brasileiro. Logo, falhando o Estado no seu papel de promotor de acesso à saúde por meio de programas efetivos, não resta alternativa ao cidadão se não judicializar seu direito.

4.2 TESES DE DEFESA DO ESTADO

O grande número de demandas na área da saúde influenciou na construção de entendimentos jurisprudenciais que tiveram como base os argumentos dos sujeitos ativos dessas demandas (pessoas detentoras do direito fundamental à saúde), como também do sujeito passivo (Estado).

O Estado, atuante como réu nesses processos, por meio de suas procuradorias (Federais, Estaduais e Municipais), desenvolveu teses de defesa que também foram necessárias para a firmação de entendimentos. Embora as teses apresentadas pela Administração, em grande parte, vêm sendo rejeitadas pelo judiciário, estas demonstram a tentativa do Estado em não cumprir um dever constitucional prestacional (LEMOS, 2017, p. 396). As principais teses:

(i) Ilegitimidade do judiciário para julgar matérias de políticas públicas – dado seu déficit democrático, sua incapacidade técnica e a afronta ao poder discricionário da Administração que essa atuação representa; (ii) a limitação orçamentária do Poder Público para atender às diversas demandas de medicamentos que entram no Judiciário, a denominada reserva do possível; e (iii) a alegação de impactos negativos sobre a administração das políticas públicas de saúde já existentes (LEMOS, 2017, p. 396).

Dentre essas teses, a mais utilizada diz respeito ao plano orçamentário formulado pelo Estado, denominado reserva do possível. O referido argumento se baseia na existência de limitações dos recursos públicos, sendo que a concretização do direito fundamental em questão por meio das tutelas colocaria em risco tal plano (SARLET, 2008, p. 125-172).

Conforme dispõe Oliveira (2011, p.77-99):

A teoria da reserva do possível tem sido interpretada como limitação à efetivação de Direitos Fundamentais Sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do Direito. [...] Não havendo recursos financeiros disponíveis para suprir as necessidades sociais, cabe ao administrador público

priorizar o Direito à Saúde em detrimentos de outros Direitos que não possuem o mesmo grau de essencialidade, implementando políticas públicas possíveis de serem concretizadas diante da previsão orçamentária.

Dessa forma, o Estado, mesmo diante da existência de um plano orçamentário que influencia diretamente na distribuição de diversos recursos anuais, deve conformar-se às situações de saúde, assim, “por mais nobre que seja a intenção, a disponibilidade financeira é algo que sempre há de associar-se à razoabilidade da pretensão trazida a juízo” (ALVES, 2016, p. 333-370). O direito fundamental, segundo postula o autor supramencionado, de uma demanda judicial relacionada à saúde não pode ser limitado por uma tese de ausência de verbas, ou, de uma distribuição de verbas pré-existentes, tendo em vista, como apontado anteriormente, a necessidade de observância da razoabilidade entre ambos.

Outra tese utilizada, que não foi mencionada anteriormente, é a ausência da medicação/tratamento nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde (SUS), sendo que a busca pelo judiciário para a concretização desse direito ocorre, justamente, pela ausência do fornecimento do mesmo pela via pública (LEMOS, 2017, p. 401).

Além do mais, a norma em questão, nas ações na área da saúde, é uma norma constitucional que trata de um direito fundamental, se sobressaindo, portanto, em relação à uma técnica de mera organização estrutural do Sistema Único de Saúde.

4.3 O JUDICIÁRIO E A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, conforme demonstrado, tem recebido proteção máxima nas decisões em demandas nesse sentido, mesmo diante de várias argumentações trazidas pela Administração Pública.

Ao longo de toda a construção jurisprudencial sobre o tema direito à saúde vinculam-se outros direitos (vida, integridade física) e nas palavras de Danielli (2017, p. 60):

Percebe-se, do longo caminho percorrido, que os precedentes no sentido de reconhecer o poder do cidadão de exigir do Estado tal prestação positiva normalmente se fundavam não apenas no direito à saúde, mas, sobretudo, no direito à vida (vida com sentido, ou seja, com dignidade) e à integridade física e moral da pessoa enferma, o que, invariavelmente, remete à noção de *mínimo existencial* [...].

Assim, as decisões se formam no sentido de priorizar o direito fundamental do cidadão, independente de outras questões que se levantam, dada a devida importância ao direito à saúde como direito fundamental.

Embora existam limites que foram fixados com o fim de organizar e dar efetividade ao direito buscado, o direito fundamental sempre estará em primeiro plano, tratando-se de uma norma constitucional. Devendo, portanto, se destacar na tutela jurisdicional dando eficácia a este direito no momento em que o Estado não cumpre o disposto na Constituição Federal (OLIVEIRA, 2011, p. 77-99).

Por se tratar de um direito delicado e intimamente ligado à vida e à dignidade, o direito à saúde, a depender de seu objeto, possui, como bem explica Sarlet (2008, p. 125-172) “caráter originário, como no caso das políticas públicas de implementação do SUS, da aplicação mínima de recursos em saúde e do dever geral de respeito à saúde”.

Tendo em vista o princípio da eventualidade inerente ao texto constitucional, o direito à saúde é reconhecido a todos pelo fato de serem pessoas, o que não significa, no entanto, que não seja possível a existência de diferenciações práticas na aplicação da norma, sopesando com princípios como o da igualdade (SARLET, 2008, p. 125-172).

Mesmo havendo diferenciações no caso concreto, como no medicamento pleiteado, por exemplo, todos os casos versam sobre a preservação da vida e da dignidade do cidadão, o que fundamenta todas as decisões.

Resta evidente, portanto, que a maior causa da busca do cidadão pelo judiciário em tais casos é a falta de efetividade das políticas públicas, o que levanta uma série de questões sobre divisão de poderes, distribuição de verbas públicas e efetividade de direitos sociais.

Tecidas essas considerações, concorda-se com a necessidade de existência de limites, tendo em vista as consequências práticas que o grande número de demandas judiciais relacionadas à saúde pode causar. No entanto, devido a urgência dos pedidos e da delicadeza do direito em questão, e, principalmente, os problemas advindos da má organização das políticas públicas, o judiciário deve atender aos anseios do cidadão que o procura, agindo legitimamente, e, concretizando um direito constitucional, que é, acima de tudo, um direito social com grandes impactos na realidade de quem litiga (CARDOSO, 2017, p. 126).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme fora abordado no decorrer do presente trabalho, o direito à saúde é um direito fundamental social, criado e modificado ao longo dos tempos de acordo com cada período social, e, com a evolução da proteção dos direitos do cidadão.

Não havendo mais dúvidas quanto à sua existência, consolidada constitucionalmente, o novo desafio que surge é a sua efetivação por parte do poder público, a concretização desse direito por meio das chamadas políticas públicas, que, em tese, devem ser criadas e mantidas pelo Estado, nos termos da Constituição Federal.

Num cenário em que as referidas políticas falham em sua estrutura devido a uma série de fatores, não sendo possível que o cidadão tenha seu direito resguardado nos reais termos de sua necessidade, não lhe resta alternativa senão a busca pelo judiciário, sob risco de ter sua saúde prejudicada.

Com isto, surgem as demandas judiciais relacionadas à saúde, onde o autor agindo legitimamente clama ao judiciário, que o responde de igual forma concedendo um direito fundamental social, e, obrigando o Estado a fornecer o que está sendo pleiteado nos termos das necessidades do cidadão.

Diante da influência que o judiciário exerce sobre esse direito, com as inúmeras decisões proferidas, muitas discussões são levantadas quanto à sua real legitimidade de atuação. No entanto, embora exista um sistema de equilíbrio de separação de poderes defendido pela doutrina mais tradicional, o direito de se buscar o judiciário ao se ter um direito fundamental lesado, ou até mesmo o risco de lesão, legitima o judiciário a agir constitucionalmente nesse sentido.

Ao se enfatizar a saúde como política do Estado, o direito à saúde não se esgota na norma constitucional, devendo as políticas públicas ter continuidade, configurando-se como políticas efetivas e organizadas para melhor atender ao cidadão.

O grande número de demandas judiciais na área da saúde, no Brasil, trouxe uma grande evolução no entendimento por parte dos tribunais pátrios. De um lado, a falta de políticas estatais adequadas a atender às necessidades do cidadão, e, de outro, um judiciário desempenhando um papel efetivo.

Assim, o protagonismo das instituições jurídicas levanta discussões e teses por parte do Estado, que se manifesta nos processos com justificativas que vão desde a reserva do possível até o risco do princípio da Separação dos Poderes e do Estado Democrático de Direito,

teses essas que não foram capazes de alterar o entendimento consolidado no sentido de preservação da dignidade humana.

Dessa forma, agindo legitimamente, o Poder Judiciário, atendeu aos anseios daqueles que os provocaram em busca de um direito inerente à manutenção de sua saúde, e, conseqüentemente, gerou uma série de questionamentos no tocante à atribuição de poderes e efetividade das políticas públicas, sendo que o enfoque principal das decisões é a dignidade e a vida dos demandantes.

Nesse sentido, a atuação do judiciário está atrelada à uma questão que vai muito além dos tribunais, ou até mesmo, de uma organização estrutural dos poderes, diz respeito a um papel social que modifica toda uma realidade de cidadãos que esperam um provimento Estatal capaz de suprir suas reais necessidades.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de Saúde contra o poder público: Ensaio de um roteiro decisório. **Revista de Processo**. vol. 259, set. 2016, p. 333-370.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05.10.1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). Agravo regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS – Agrte.: Município de Porto Alegre –Agrda.: Diná Rosa

Vieira. Rel. Min. Celso de Mello – Votação Unânime -12-9-2000). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>> Acesso em: 20 jul. 2018, às 14h26min.

BRITO, Patricia Ribeiro. Judicialização da Saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da audiência pública da saúde. *In*: BUCCI, M. P. D.; DUARTE. C. S. de (coord.). **Judicialização da Saúde: A visão do poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: um ponto cego do direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

DANIELLI, Ronei. **A Judicialização da Saúde no Brasil**. Do viés individualista ao patamar do bem coletivo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GOTTI, Alessandra. Judicialização do Direito à Saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. *In*: BUCCI, M. P. D.; DUARTE. C. S. de (coord.). **Judicialização da Saúde: A visão do poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEMOS, Junia Coelho. A Judicialização da Saúde como sintoma da desconfiança no poder Executivo. *In*: BUCCI, M. P. D.; DUARTE. C. S. de (coord.). **Judicialização da Saúde: A visão do poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALUF, Sahid; **Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Teoria do Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2.ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos. Direito à Saúde: de (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **Revista de Direito Brasileira**. vol. 1/2011. p. 77-99. Dez.2011.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **A Jurisdição como elemento de inclusão social**. Revitalizando as regras do jogo democrático. 1. ed. São Paulo: Editora Manole, 2002.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **Instituições do Processo Civil e o Novo CPC**. 1. ed. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2015.

RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Editora Cultrix Ltda.2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o Direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 67, jul./set. 2008, p. 125-172.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.